Die Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, im besonderen bei Erbgang.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts= und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Schlesischen Friedrich Wilhelms=Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Hans Seelenfreund.

Breslau 1925.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität zu Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Rosenstock.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsangabe.

Wenn in der vorliegenden Arbeit von der Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft gesprochen werden soll, so muß man sich vergegenwärtigen, daß eine solche Handelsgesellschaft als kaufmännisch-industrielle Unternehmung ein selbständiges wirtschaftliches Individuum, d. h. einen in sich geschlossenen wirtschaftlichen Organismus darstellt, dessen besonderer Wert in dieser Geschlossenheit zu erblicken ist.

Der Wert und die Bedeutung dieser wirtschaftlichen Einheit erschöpft sich also nicht in dem Geldwerte der veräußerlichen Sachen und sonstigen Werte, welche in ihr enthalten sind, sondern geht weit über diesen Geldwert hinaus. Die Auflösung bezw. Erhaltung einer solchen Handelsgesellschaft ist also nicht nur vom Standpunkte der einzelnen Gesellschafter aus zu betrachten, sondern es muß beachtet werden, welche Rolle ein solches Unternehmen im Wirtschaftsleben spielt und inwiefern die Erhaltung eines solchen Organismus von Bedeutung ist.

Es fragt sich also, welches Interesse an der Erhaltung der vorhandenen Unternehmung besteht. Die Frage würde, negativ gestellt, lauten: Welche Werte gehen verloren, wenn ein Unternehmen der Auflösung verfällt?

Prof. Dr. Müller-Erzbach führt in einer Abhandlung über „Die Erhaltung des Unternehmens“[1]) vier Gründe an, die das Staatsinteresse an der Erhaltung solcher Organismen rechtfertigen. Hierbei soll vorausgeschickt werden, daß diese Erwägungen natürlich nur für den Normalfall gelten sollen, daß, mit anderen Worten, hier nur von den soliden Gründungen gesprochen wird, die im großen und ganzen überwiegen, nicht etwa von den betrügerischen. Es ist die Pflicht des Gesetzgebers, durch den Schutz der soliden das Unwesen der betrügerischen zu bekämpfen.

---

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handels- u. Konk.-Recht, Bd. 61, VII, S. 1.

Für die Erhaltung spricht zunächst das bei einer Auflösung zugrunde gehende Gut der Geschäftsverbindung. Der Wert einer solchen Geschäftsverbindung ist von der juristischen Praxis nicht hinreichend gewürdigt worden, weil er nicht in die Systematik der juristischen Begriffe eingereiht werden kann. Die Geschäftsverbindung ist eins der elementarsten Erfordernisse des kaufmännischen Unternehmens. Ohne sie ist es dem Kaufmann unmöglich, seine Tätigkeit voll zu entfalten. Man braucht nur an die großen Summen zu denken, die täglich an Agenten, Kommissionäre usw. gezahlt werden, um durch diese neue Verbindungen anknüpfen zu lassen. Alle diese Werte, die zur Erhaltung erworbener oder zum Erwerb neuer Verbindungen gegeben worden sind, gehen bei der Auflösung eines solchen Unternehmens nicht nur dem einzelnen Unternehmer, sondern auch der Gesamtheit verloren. Mit Recht spricht Müller-Erzbach also von einem absoluten Wertverlust, der mit der Vernichtung des Geschäftes verbunden ist.

Als zweiter Grund spricht für die Erhaltung der bestehenden Unternehmen folgendes: Bei der Auflösung wird der Gebrauchswert, soweit ein solcher bei den Aktiven des Geschäfts bisher vorhanden war, vernichtet und an seine Stelle tritt der in den meisten Fällen äußerst geringe Liquidationswert. Es kann auch hier vom Verluste eines erheblichen, absoluten Wertes gesprochen werden, denn wenn man beispielsweise an die Auflösung eines Unternehmens denkt, in dessen Besitz sich Maschinen zur Herstellung eines bestimmten Präparates befinden, so muß man sich vorstellen, daß diese eigens konstruierten Apparate in der Liquidation gegebenenfalls zum reinen Metallwert verkauft werden müssen.

Auch die Geschäftserfahrung geht bei der Auflösung eines Unternehmens verloren. Sie ist ein Faktor, der bisweilen mit großer Mühe und unter außerordentlich erheblichen Aufwendungen errungen worden ist. Bei Vernichtung des Unternehmens geht sie sowie die zu ihrer Erreichung aufgewendeten Mittel unter. Auch hier liegt nicht nur eine Wertverschiebung, bei der ein Gut von der einen in die andere Hand wandert, vor, sondern es geht ein absoluter Wert unter, der nicht nur für den Unter-

nehmer, sondern auch für die gesamte Wirtschaft insofern Interesse hat, als diese auf der erworbenen Erfahrung aufzubauen imstande ist.

Schließlich ist als vierter Punkt noch hervorzuheben, daß durch die Vernichtung eines Betriebes die Zahl der Arbeitslosen gesteigert wird. Es liegt also im Interesse des Volkswohles, daß solche Betriebe aufrecht erhalten werden. Das Interesse des Staates an der Erhaltung der bestehenden Unternehmen kommt im Bergrecht in einer gesetzlichen Vorschrift zum Ausdruck. § 65 des preußischen Berggesetzes gibt dem Oberbergamt die Befugnis, im Falle überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses den Fortbetrieb des Bergwerkes erfordern, den Bergwerkseigentümer zu zwingen, binnen einer bestimmten Frist den Betrieb wieder aufzunehmen.

Nachdem nunmehr das Interesse der Gesellschaft an der Unterhaltung kaufmännischer Unternehmen im allgemeinen näher dargelegt ist und wir gesehen haben, daß das Erhaltungsproblem ein hervorstechendes unter denen ist, die uns bei der Lösung der Aufgabe der Erhaltung der vorhandenen wirtschaftlichen Energie begegnen, soll im folgenden dieses Problem hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft näher beleuchtet werden.

Während das römische Recht nur die Gewerbshandelsgesellschaft (societas negotationis) kennt, die, wie jede römischrechtliche Sozietät, nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern, nicht aber ein einheitlich gestaltetes Unternehmen mit einer nach außen hervortretenden Gesellschaftsfirma darstellt, hat sich seit der zweiten Hälfte des Mittelalters die moderne Handelsgesellschaft entwickelt.

Das Bedürfnis, Handelsgesellschaften, d. h. Personenvereinigungen zum Zwecke der Betreibung eines Handelsgewerbes zu gründen, entspringt der Ausdehnung des Gewerbes und Handelsbetriebes. Entweder hatten die Gesellschaften den Zweck, einem einzelnen unvermögenden, aber tüchtigen Kaufmann durch die Aufnahme kapitalkräftigerer Personen die Möglichkeit einer lukrativen Beschäftigung zu geben, ohne daß die Geldgeber mitzu-

arbeiten verpflichtet waren, oder die Kapitalien und Arbeitskräfte mehrerer zum Betriebe eines Unternehmens zu vereinigen. Diesen verschiedenen Bedürfnissen entsprechend bildeten sich mannigfache Gesellschaftsformen.

Man unterscheidet drei Grundformen, die sich nach Art und Umfang der Haftung, d. h. nach ihrer Kreditfähigkeit herausgebildet haben: die offene Handelsgesellschaft mit unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschaftern, die Kommanditgesellschaft mit persönlich haftenden, aber auch nur in Höhe ihrer Einlage haftenden Mitgliedern und die Aktiengesellschaft als reine Kapitalsgesellschaft. Die älteste dieser drei Formen, Vorgängerin der hier zu behandelnden O.H.G., ist die Kommanditgesellschaft, als deren Urform die mittelalterliche commenda anzusehen ist.

Auf Grund der Familiengemeinschaft, insbesondere unter Brüdern oder sonst nahestehenden Personen bildete sich die Gewohnheit aus, das ganze Vermögen oder erhebliche Teile desselben zu einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb und zur Gründung von Handelsniederlassungen unter gemeinschaftlichem Namen zusammenzufassen. Es wurde dies im Binnenverkehr, im Handwerk, in der Fabrikation und endlich auch im Bankwesen üblich. Aus diesen Zusammenschlüssen entwickelte sich dann einerseits die gewohnheitsrechtliche Anschauung, daß die einzelnen Teilhaber eines solchen Zusammenschlusses zur aktiven und passiven Vertretung dieser Gesellschaft berechtigt und verpflichtet sein sollten, andererseits aber auch der strenge Grundsatz, daß die Gesellschafter alle, jeder für den anderen, solidarisch und unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müssen. Aus der Familiengemeinschaft entwickelte sich ferner die Auffassung, daß das gemeinschaftliche Gut der Sozietät ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen ausschließlich für die Zwecke der Gesellschaft darstelle, welches dem Zugriff der einzelnen Teilhaber und auch deren Gläubiger verschlossen blieb. Aus dieser Rechtsentwicklung, zu welcher der vorgeschriebene Gebrauch einer Gesellschaftsfirma trat, ist die heutige offene Handelsgesellschaft hervorgegangen.

Die offenen Handelsgesellschaften spielen im heutigen Wirtschaftsleben eine bedeutende Rolle. Sie unterscheiden sich ins-

besondere von den übrigen Gesellschaftsformen des Rechtes durch dreierlei.

Erstens hat eine O.H.G. immer das Ziel, als Vollkaufmann ein Handelsgewerbe zu betreiben. Sie ist deshalb von den Gesellschaften, die als solche ohne handelsrechtliche Eigenart auftreten, zu unterscheiden. Diese sogenannten „kaufmännischen" Gelegenheitsgesellschaften, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch behandelt werden, bezwecken nicht die Ausübung eines gemeinsamen Gewerbebetriebes, sondern sind auf die Erledigung irgendwelcher anderer Einzelgeschäfte gerichtet.

Die zweite Besonderheit der offenen Handelsgesellschaft ist die Art ihrer Mitgliedschaft, die auf eine Dauerverbindung abzielt. Die Gesellschaft ist eine Verbindung ganz bestimmter Personen, an deren Stelle nicht leicht andere treten können. Sie ist eine ausgesprochene Personenvereinigung und darauf gegründet, daß die Gesellschafter einander kennen und sich Vertrauen entgegenbringen.

Drittens ist noch die Grundlage ihres Kredites zu nennen. Sie ist es, die die O.H.G. zu einem so bedeutenden Wirtschaftsfaktor gestempelt hat. Die Gläubiger der Gesellschaft können sich nicht nur an die Gesellschaft halten, sondern auch an jeden einzelnen Gesellschafter. Jeder Gesellschafter ist durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet, seinen ganzen Kredit für den gemeinsamen Zweck einzusetzen und nötigenfalls bei Verlusten das Privatvermögen zu opfern. Diese strenge Haftungsregel verleiht der O.H.G. eine so große Lebensfähigkeit deshalb, weil eben die Gläubiger bei der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens durch die Privatvermögen der Gesellschafter gedeckt sind. Es ist daher auch selbstverständlich, daß im Handel die O.H.G. einen bedeutend größeren Kredit bekommt als beispielsweise eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der die Privatvermögen der Gesellschafter von der Haftung für die Gesellschaftsschulden ausgeschlossen sind.

Unter den Handelsgesellschaftern des heutigen Rechtes kommt das individualistische Prinzip in der O.H.G. am deutlichsten zum Ausdruck, da sie eine reine Personalgesellschaft ist. Die enge Verknüpfung der Gesellschafter wird durch die unbeschränkte persön-

liche Haftung für die Gesellschaftsschulden ebenso wie durch die grundsätzliche Selbständigkeit jedes Gesellschafters hinsichtlich der Geschäftsführung und der Vertretung nach außen erwirkt. Von gleicher Bedeutung ist die grundsätzliche Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit der Mitgliedschaft. (§ 131 Ziffer 4 H.G.B.)[2]) Die offene Handelsgesellschaft tritt im Rechtsleben als selbständige Rechtspersönlichkeit auf (§ 124, I, H.G.B.), die Beantwortung der Frage hingegen, wer bei der O.H.G. als Eigentümer des Gesellschaftsvermögens anzusehen ist, und in welcher Form das Eigentum dem Berechtigten zusteht, ist davon abhängig, welche juristische Konstruktion der O.H.G. zu geben ist. Die Begriffsbestimmung des § 105 H.G.B. spricht von einer „Gesellschaft", deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß es sich um eine Gesellschaft handeln muß, d. h. um eine Gesellschaft im Sinne des § 705 B.G.B.[3]) Aus dieser Tatsache erklärt sich auch der in § 105, II, H.G.B. stehende Hinweis auf die Anwendung der Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft.

Der Streit, ob die O.H.G. als juristische Person anzusehen ist oder nicht, kann wohl heute als im letzteren Sinne entschieden angesehen werden. Indem das Gesetz das Vorliegen einer Gesellschaft im Sinne des § 705 B.G.B. fordert, lehnt es die Auffassung, daß die O.H.G. juristische Person sei, ab. Trotzdem finden sich in der Wissenschaft einige, die die entgegengesetzte Ansicht vertreten, indem sie darauf hinweisen, daß in der Natur der O.H.G. nicht nur eine schuldrechtliche Bindung der Beteiligten, wie beispielsweise im römischen Recht bei der societas, zu erblicken sei, sondern daß sie einen eigenen Namen hat, unter dem sie im Wirtschaftsleben auftritt und unter dem sie Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, ja sogar Prozesse führen kann. Ungeachtet dessen genügen diese Anführungen noch nicht, um der O.H.G. den Charakter einer juristischen Person zu verleihen.

Dieser Streit hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Folgen, denn es handelt sich letzten Endes darum, wer Sub-

---

[2]) **Düringer-Hachenburg, IV, Vorbem. zu § 105.**

[3]) **Staub, I, 1, S. 535, § 105.**

jekt der Rechte ist, die die Gesellschaft erwirbt, besonders, wem das Recht am Gesellschaftsvermögen zusteht, ob den einzelnen Gesellschaftern oder der Firma. Mit Recht bestreitet Staub[4]) den Charakter der juristischen Person, indem er sagt, man müsse gemäß dem das Gesellschaftsrecht beherrschenden Prinzip der gesamten Hand annehmen, daß die unter der Firma zusammengefaßte Gesamtheit der Gesellschafter Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens sei. Man müsse demgemäß auch zu der Anschauung kommen, daß die Gesamtheit der Gesellschafter einen Prozeß führt, nicht aber die Gesellschaft als solche. Daß der O.H.G. gestattet sei, unter einer Firma aufzutreten, wird auch von der Rechtsprechung nicht als hinreichender Beweis dafür aufgefaßt, daß die O.H.G. eine juristische Persönlichkeit sei, da ja die Absicht des Gesetzes, die O.H.G. als Gesellschaft (§ 705 B.G.B.) darzustellen aus dem Wortlaut und Sinne des § 105 H.G.B. unzweifelhaft hervorgeht.

Es ist also anzunehmen, daß die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung Eigentümer des Vermögens und Prozeßpartei sind.[5])

Im folgenden soll näher dargestellt werden, als was das Gesellschaftsvermögen anzusehen ist und wie sich die Anteile der Mitglieder an diesem gestalten.

---

[4]) I, § 105, Anm. 8, S. 530.

[5]) Staub, S. 537, Anm. 8 zu § 105.

Rechtsprechung: R.G. 46, 41 besonders deutlich: „Die O.H.G. ist nicht ein selbständiges Rechtssubjekt, sondern die einzelnen Gesellschafter sind die Subjekte der unter dem Kollektivnamen der Gesellschaft für sie, die Gesellschafter, erworbenen Rechte und eingegangenen Verbindlichkeiten.

Dementsprechend sind auch in Prozessen der Gesellschaft die Gesellschafter (als Gesamtheit, in ihrer Zusammenfassung unter der Firma der Gesellschaft) Prozeßpartei."

Ebenso 65, 229: „Daß die O.H.G. keine juristische Person sei, war schon nach dem Rechte des Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuches fast allgemein angenommen und insbesondere auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts grundsätzlich nie bestritten. Jeder Zweifel darüber ist jetzt ausgeschlossen durch § 105 Abs. II H.G.B., wonach die handelsrechtlichen Vorschriften über die O.H.G. ihre Ergänzung in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches

Da bezüglich des Gesellschaftsvermögens für die offene Handelsgesellschaft wiederum die Regeln des B.G.B. gelten, so ist zur Beantwortung dieser Frage zunächst das im Gesellschaftsrechte des B.G.B. geltende Gesamthandsprinzip auf seine rechtliche Natur hin zu prüfen. Es findet sich im B.G.B. nicht in einer Norm festgelegt, sondern wir müssen seine aus gesetzlichen Vorschriften ersichtlichen Auswirkungen als Grundlage für die Annahme des Prinzipes vom heute geltenden Recht betrachten.

Die Anfänge der „Gemeinschaft zur gesamten Hand" reichen bis in das Zeitalter der germanischen Rechtsordnung zurück. Diese regelte nicht die Rechtsauffassung jedes einzelnen Menschen, sondern in ältester Zeit wurden von ihr zuerst die rechtlichen Befugnisse der Familie oder Sippe, also die einer Personengemeinschaft, abgegrenzt. Es handelte sich um eine Reihe gleichgeordneter Personen und deren rechtliche Stellung zu dem Gesamgute, das eine rechtliche Ordnung erforderndes Zusammenhandeln notwendig machte.[6])

Die gesamte Hand ist ein personenrechtliches Rechtsprinzip, das vermögensrechtliche Wirkungen hat. Unser heute geltendes B.G.B. hat dieses deutschrechtliche Prinzip in den Bestimmungen über die Gesellschaft übernommen. Über das Begriffswesentliche des Gesamthandverhältnisses sind die Ansichten geteilt.

Gierke,[7]) dessen Werk über die Genossenschaftstheorie seinerzeit in dieser Frage bahnbrechend war, erblickt das Wesen

über die Gesellschaft finden sollen, die O.H.G. also für ein gesellschaftliches Gebilde erklärt ist." Und weiterhin: „Wenn man aber daran festhält, daß die O.H.G. keine juristische Person ist, womit ausgesprochen ist, daß als Träger der Gesellschaftsrechte und -verpflichtungen nicht ein besonderes, von den Gesellschaftern verschiedenes, künstliches Rechtssubjekt unterstellt werden darf, so wird dadurch jede Auffassung unmöglich, die die Gesellschafter als Inhaber des gesellschaftlichen Vermögens im Ernste gänzlich eliminieren will.

Vgl. ferner Sydow-Busch, Einl. v. § 373 Z.P.O. und J.W. 1925, S. 756, Anm. zu 2, in der zum Ausdruck kommt, daß die Gesellschafter in ihrer „jeweiligen" Zusammensetzung Prozeßpartei sind.

6) H. Haufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, S. 8.

7) Genossenschaftstheorie, S. 353.

des Gesamthandsprinzipes allein in dem allgemeinen Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft und tritt mit dieser Definition Stobbe[8]) entgegen, der behauptet, der Kernpunkt des Prinzipes liege in der mangelnden Quotenteilung hinsichtlich der rechtlichen Zuständigkeit. Heusler[9]) wiederum sieht das Prinzip in der Gebundenheit der Beteiligten hinsichtlich der Verfügungsmacht über die Anteile verkörpert.

Es muß, obwohl diese Meinungsverschiedenheit mehr oder weniger ein Streit um Worte ist, der Ansicht Gierkes beigetreten werden, da diese am besten insofern auf das Wesen des Prinzipes eingeht, als er beide Seiten der Auswirkung, sowohl die personenrechtliche Gemeinschaft als auch die vermögensrechtliche Beziehung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen berücksichtigt, während die anderen Meinungen entweder die eine oder die andere willkürlich als wichtig erscheinen lassen.

Es kann mit Kaufmann[10]) angenommen werden, daß jede echt personenrechtliche Gemeinschaft Gesamthänderschaft werde, wenn sie mit Vermögensrechten in Beziehung tritt.

Das Gesellschaftsvermögen der O.H.G. setzt sich aus den Beiträgen der Gesellschafter, aus den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen sowie aus demjenigen zusammen, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.[11])

Es besteht in der Literatur des Handelsrechts vollkommene Übereinstimmung darüber, daß das Gesellschaftsvermögen als eine universitas juris anzusehen ist, welche, von dem Privatvermögen der Gesellschafter abgesondert, der Verfügung der letzteren zu Privatzwecken entzogen und ausschließlich für die Zwecke der Gesellschaft bestimmt ist.[12])

---

[8]) Handbuch II, 2, 1, S. 68.

[9]) Institutionen I, S. 227.

[10]) a. a. O., § 7, S. 9.

[11]) § 105 Abs. II H.G.B. in Verbindung mit § 718 B.G.B.

[12]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht u. Konk.-Recht, Bd. 31; Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, § 5.

Cosack[13]) bemerkt mit Recht, daß das Gesellschaftsvermögen ebensogut — meines Erachtens sogar richtiger — „Gesellschaftervermögen“ genannt werden könne, da die O.H.G., wie oben dargelegt, keine Rechtspersönlichkeit besitzt, die von der ihrer Mitglieder verschieden ist.[14])

Wenn man nach dem Grund der Verschiedenheit des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter fragt, so muß man sich über seine wirtschaftliche Bedeutung klar sein. Das Gesellschaftsvermögen ist das Geschäftskapital (Handlungsfonds)[15]) der Gesellschaft. Ein solches Geschäftskapital ist auch bei einem Einzelkaufmann vorhanden. Es besteht für ihn jedoch keinerlei rechtliche Verpflichtung, dieses von seinem Privatvermögen zu trennen. Es ist also festzustellen, daß ein solcher Handlungsfonds, der im Zusammenhange mit einem Handelsgewerbe immer erscheinen muß, nicht nur bei einer Sozietät vorhanden ist. („Es ergibt sich daher der Satz, daß die Zusammenfassung von aktiven und passiven Vermögensobjekten zu einem Vermögenskomplex in keinem Kausalnexus mit der Sozietät steht, sondern auch ohne das Vorhandensein einer solchen eintritt.“)[16])

Der Einzelkaufmann ist in der Lage, unbeschränkt über den Handlungsfonds sowie über sein Privatvermögen zu verfügen. Es ist allein die kaufmännische Ordnung, die ihn veranlaßt, diese beiden Vermögensmassen zu trennen; juristisch betrachtet fließen die beiden Massen zusammen und bilden das persönliche Vermögen des Kaufmanns. Die Abgrenzung der beiden Massen liegt im Belieben des Einzelkaufmanns. Er kann je nach seinen Plänen das Geschäftsvermögen schmälern oder vergrößern. Aus diesen Umständen erhellt, daß der Handlungsfonds eines Einzelkaufmanns kein selbständiges Gebilde ist, also keine universitas juris darstellt — **Anders bei der Handelsgesellschaft. Hier ist** jeder Gesellschafter den anderen gegenüber verpflichtet, das Gesell-

---

13) Lehrbuch des Handelsrechts, § 213, Ib, S. 470.

14) Ebenso Enneccerus, I, 2, § 399, II, S. 513.

15) Laband a. a. O., S. 2.

16) Laband, a. a. O., S. 3.

schaftsvermögen (Gesellschaftsfonds) ausschließlich für die Zwecke der Gesellschaft zu verwenden und sich jeder anderweitigen Verfügung zu enthalten.

Durch die obligatorischen Rechte der Gesellschafter — im nächsten Abschnitt sollen diese näher beleuchtet werden — ist jedem einzelnen die Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen genommen. Der Anteil an dem Gesellschaftsvermögen unterliegt also nicht der Verfügungsgewalt der einzelnen Mitglieder. Aus diesem Grunde ist es auch den einzelnen Mitgliedern nicht möglich, die Grenzen zwischen ihrem Privatvermögen und dem Gesellschaftsvermögen so willkürlich zu ziehen wie der Einzelkaufmann es kann. Treffend sagt Laband:[17]) „Das Recht der übrigen Gesellschafter verleiht dieser Trennung eine feste Grundlage, einen dauernden Bestand."

Was sind es nun für Rechte, die die Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen haben?

Über diesen Anteilsbegriff sind verschiedene Theorien aufgestellt worden, d. h. es herrscht in der Wissenschaft und auch in der Rechtsprechung hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse der Gesellschafter am Gesellschäftsvermögen Streit. Drei Theorien versuchen, jede auf eine andere Weise, den Anteilsbegriff zu erklären. Man unterscheidet:

1. die Theorie der geteilten Mitberechtigung,
2. die Theorie des Anteils kraft Personenrechts und
3. die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung.

Die von Binder, Jörges, Nagler, Cosack u. a. vertretene „Thorie der geteilten Mitberechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen" sieht in der Gesellschaft des § 705 B.G.B. ein Gemeinschaftsverhältnis nach Bruchteilen.[18]) Sie nimmt also an, daß die Mitglieder der Gesellschaft quotenmäßig, d. h. rechnerisch bestimmte Anteile am Gesellschaftsvermögen haben.

---

[17]) a. a. O., S. 5.

[18]) Binder, Stellung der Erben III, S. 6 ff.; Jörges a. a. O., S. 179 ff.; Nagler a. a. O., S. 718 ff.; Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 784; Cosack § 276, I, 1 a. a. O.; Dernburg a. a. O. § 359 Anm. 4.

Jörges[19]) geht davon aus, daß bei der Einheit des Objektes, die das Gesellschaftsvermögen darstellt, und bei der Mehrheit der Subjekte der Gesellschaft, als die die einzelnen Gesellschafter bezeichnet werden müßten, eine quotenmäßige Teilung des Vermögens eintreten müsse. Nur beim Vorliegen einer juristischen Person, die an sich eine Einheit insofern darstellt, als die Mitglieder durch Rechtsnorm zu einer fingierten Einzelpersönlichkeit erhoben werden, lassen die Anhänger dieser Theorie eine Teilung des Vermögens außer Betracht, weil eben keine Subjektmehrheit vorliegt. Über die Frage, woran diese quotenmäßig bestimmten Anteile bestehen, ob am Gesamtvermögen oder an den das Vermögen bildenden einzelnen Gegenständen, herrscht Streit.

Jörges und Endemann, die mit Recht auf dem Standpunkte stehen, daß Sachinbegriffe keine selbständigen Rechtsobjekte sein können, lehnen die Auffassung, daß Anteile am Gesamtvermögen bestehen, ab, indem sie darauf hinweisen, daß dieser Sachinbegriff vom Gesetz als Rechtsobjekt hätte gekennzeichnet werden müssen, und folgern sogar aus dem Gesetzestext, der dem einzelnen Gesellschafter die Verfügungsmacht „über die einzelnen Gegenstände" entzieht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Behandlung dieser Frage davon ausgegangen sei, daß jedem Gesellschafter ein quotenmäßig bestimmter Anteil an den einzelnen Gegenständen zustehe.

Die Unmöglichkeit, über dieses Anteilsrecht zu verfügen, erklären die Anhänger dieser Theorie aus dem Wesen der Gesamthandbindung. Es habe zwar jeder das Recht, aber die Verfügung über dieses ihm zustehende Anteilsrecht sei ihm genommen, und dies beruhe auf der dem Gesamthandsverhältnis eigentümlichen personenrechtlichen Bindung der Gemeiner.

Cosack[20]) muß jedoch auch zu den Anhängern dieser Theorie gezählt werden. Er hält die Gesellschafter sowohl am Gesamtvermögen als auch an den einzelnen Gegenständen für anteilsberechtigt und sagt dann, daß diese Teilberechtigung eine unselb-

[19]) Rudolf Müller, Diss. Das Gesellschaftsvermögen nach dem Rechte des B.G.B., S. 50.

[20]) Cosack, a. a. O., zu § 719, I B.G.B.

ständige sei und nicht ein Recht darstelle, das für sich allein ausgeübt werden könne, „sondern nur ein Teil eines einheitlich allen Gesellschaftern gemeinsam zustehenden Rechtes sei".

Sohm,[21]) der anfangs mit Cosack übereinstimmte, hat seine Ansicht geändert, indem er eine neue „Theorie von dem Anteile kraft Personenrechts am Gesellschaftsvermögen" aufstellte.[22])

Ein besonders eifriger Verfechter der Theorie der geteilten Mitberechtigung ist Nagler.[23]) Er lehnt Gierkes Theorie der bloßen Wertanteile, die weiter unten zu erörtern ist, ab, indem er darauf hinweist, daß das B.G.B. nur zwei Formen für die Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes kennt: Die Gemeinschaft und die Körperschaft. Er ist der Ansicht, daß das in § 718 und § 719 B.G.B. zum Ausdruck kommende Gesamthandsprinzip die Annahme einer körperschaftlichen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses ausschließe und infolgedessen nur die materiell selbständige Gemeinschaft als Konstruktionsbasis übrig bleibe.[24]) Daraus ergibt sich, wie Nagler folgert, „die unmittelbare, durch keinerlei sich dazwischen schiebende Schranken gehinderte **Beziehung jedes einzelnen Gesellschafters zu jedem Gesellschaftsobjekt, d. i. die Teilung nach ideellen Quoten".**

Die Theorie der geteilten Mitberechtigung wird heute allgemein, meines Erachtens mit Recht, abgelehnt, weil sie dem Grundgedanken des Gesamthandprinzipes, der in der Gebundenheit der Anteilsrechte gipfelt, widerspricht.

Besonders wendet sich Knoke[25]) mit Entschiedenheit gegen die Annahme der ideellen quotenmäßigen Anteilsberechtigung. Er hält die Behandlung der Frage, wonach die Anteile bei dieser von den Vertretern der Theorie angenommenen „modifizierten" Bruchteilsgemeinschaft als rechnerisch bestimmt gelten, für das Wesentlichste an der ganzen Theorie und lehnt die angeführten

---

[21]) Die deutsche Genossenschaft.

[22]) Sohm, Der Gegenstand.

[23]) a. a. O., S. 720.

[34]) Nagler, a. a. O., S. 723.

[25]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. 20, S. 170 ff.

Momente als Bestimmungsmaßstab für ungeeignet ab. Dem ist unbedingt beizustimmen, denn die Verfechter dieser Theorie sind sich erstens über die Berechnung der Anteile gar nicht klar, und wenn sie überhaupt davon sprechen, dann stimmen ihre Erwägungen absolut nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen überein.

Sohm[26]) führt mit Recht gegen diese Theorie an, daß die Annahme der Bruchteilsberechtigung mit der vom Gesetz in § 719 festgelegten Verfügungsbeschränkung in Widerspruch stehe, „weil das Wesen der Bruchteilsberechtigung nach dem Gesetz in der Verfügbarkeit beruht".

Auch kann die Theorie keine Erklärung für das im § 736 ausgesprochene Anwachsungsrecht der Gesellschafter beim Austritt eines Gesellschafters finden und vermag ebensowenig Aufschluß über den Fall des im B.G.B. zwar nicht geregelten, aber dennoch durchaus möglichen Abwachsens der Teilrechte zugunsten eines neu eintretenden Gesellschafters zu geben.

Die oben erwähnte Ansicht Sohms, die als „Theorie der Anteile kraft Personenrechts" bezeichnet wird, hat nur wenige Anhänger. Die bedeutendsten sind Endemann und Oertmann. Sohm[27]) lehnt einen Anteil am Gesamtvermögen ab und nimmt nur einen Anteil an den Vermögensgegenständen an. Als Begründung hierfür führt er an, daß das Vermögen als solches kein Gegenstand sei und infolgedessen nicht Objekt von Rechten sein könne. Er stellt den Anteil lediglich als ein personenrechtliches Verhältnis hin, indem er sagt: „Der Anteil ist Ausfluß, Begleiterscheinung der Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft."[28]) Die Höhe des Anteils bestimmt sich nach seiner Ansicht nach der Stärke der Mitgliedschaft.

Endemann[29]) läßt die Mitberechtigung an dem gemeinschaftlichen Vermögen nur durch die Mitgliedschaft an der personenrechtlichen Vereinigung zustande kommen, während Oert-

---

[26]) Deutsche Genossenschaft, S. 70.
[27]) a. a. O., S. 68.
[28]) a. a. O., S. 68.
[29]) Lehrb. d. bürg. R., S. 1130.

mann[30]) sich ausdrücklich der Ansicht Sohms anschließt.

Den Kernpunkt dieser Lehren bildet die Anschauung, daß die Gesellschaft als solche der Rechtsfähigkeit entbehre. Diese Theorie geht aber von der irrtümlichen Annahme aus, daß, wenn man die quotenmäßigen Anteile leugnet, die Anerkennung einer juristischen Person unumgänglich sei, und ist deshalb abzulehnen.[31])

Im Gegensatz zu diesen beiden Theorien steht die von Gierke aufgestellte „Theorie der ungeteilten Mitberechtigung". Gierkes Grundsatz lautet zusammengefaßt ungefähr folgendermaßen: „Die subjektive Einheit der personenrechtlich verbundenen Gesellschafter ist alleinige Rechtsträgerin der objektiven Einheit des Gesellschaftsvermögens.[32]) Er ist der Ansicht, daß die durch einen Gesellschaftsvertrag vereinigten Personen eine rechtsfähige Einheit bilden. Diese personenrechtliche Vereinigung diene vermögensrechtlichen Zwecken. Die Gesellschafter sind nicht als solche, sondern „insgesamt" oder „kollektiv" berechtigt und verpflichtet.

In seiner „Genossenschaftstheorie"[33]) betont er, daß, „wenn eine persönliche Verbundenheit der Subjekte in einer Vermögensgemeinschaft zur Geltung gelangt, die den Subjekten in ihrer Verbundenheit zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten als Bestandteile einer einheitlichen Gesamtsphäre aus den Sondersphären der einzelnen heraustrete und daher jedem einzelnen für sich weder ganz noch teilweise zugeschrieben werden könne". Er lehnt während des Bestehens einer Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand quotenmäßig bestimmte Anteile ab, da er der Ansicht ist, daß, wenn man Quotenteile annehme, diese Annahme während des Bestehens des Gesamthandseigentums insofern keine Geltung habe, als diese jeder Wirksamkeit in diesem Zeitraume entbehre. „Immer aber", so fährt er fort, „ist es das die Teil-

---

[30]) a. a. O., S. 876 zu § 718, 1c.

[31]) Dr. Karl Hans Gluud, Die rechtl. Stellung d. Gesellschaftsvermögens nach dem B.G.B., Berl. 1910, S. 109.

[32]) Nagler, a. a. O., S. 706/07.

[33]) a. a. O., S. 344.

haber verknüpfende persönliche Band, welches das Quotenprinzip ausschließt, oder in seiner Entfaltung hindert oder einschränkt".[34])

An anderer Stelle[35]) bezeichnet er das Gesellschaftsvermögen als ein Sondervermögen, „dessen Subjekt die Gesellschafter zu gesamter Hand sind". Das Sondervermögen sei keine absolute Verselbständigung des Vermögens, sondern nur eine relative. Eine absolute sei ohne Bildung einer juristischen Person nicht denkbar. Nach Gierkes Ansicht sind nicht nur die Anteile der Gesellschafter durch Verfügungsbeschränkung und Versagung der Teilungsklage als rechnerisch unbestimmt gebunden, sondern auch das Gesellschaftsvermögen wird von dem Gesetz behandelt.

§ 719 spricht von Anteilen am Gesellschaftsvermögen. Gierkes Ansicht nach werde gerade dadurch das atomistische Grundprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches durchbrochen und das Sondervermögen zur Objektseinheit gestempelt. Das Anteilsrecht an den einzelnen Gegenständen (§ 719) sei nur ein mittelbares und ergreife die Gegenstände erst durch das Ganze hindurch als dessen Bestandteile.

Die Anteile bilden also nur „den anwartschaftlichen Anspruch" auf das, was bei der Auseinandersetzung auf die einzelnen Mitglieder entfällt.[36]) Während des Bestehens der Gesellschaft stellen sich nach der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung die Anteile der Gesellschafter als schlummernde (latente) Anteile dar.

Diese Theorie nimmt also an, daß die Anteile nur am Gesamtvermögen bestehen und während der Dauer der Gesellschaft die das Vermögen darstellenden Gegenstände als solche nicht erreichen. Jedes Recht und jede Verpflichtung bleibt ungeteilt und steht der Gesellschaft als solcher zu oder verpflichtet sie als solche.[37])

Eine Verfügung über einen Anteil ist daher unmöglich und infolgedessen nichtig, da ein solcher tatsächlich gar nicht vorhanden ist.

---

[34]) Gen. Th., S. 346.

[35]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. 19, S. 123; Gierke, Vortrag: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, 1900.

[36]) Priv. Recht II, S. 390.

[37]) Nagler, a. a. O., S. 707.

Die Anzahl der Anhänger dieser Theorie ist die weitaus größte.

Planck[38]) hält es für richtig, daß das Rechtsverhältnis an dem Gesellschaftsvermögen sich als eine „ungeteilte und unteilbare Gemeinschaft“ darstelle. Er hält die Verfügung eines Gesellschafters über einen solchen Anteil für nichtig und läßt sie auch durch die nachträgliche Zustimmung der Gesellschafter nicht gültig werden. Seiner Ansicht nach gibt es gar keine Verfügungsmöglichkeit infolge des Nichtbestehens rechnerisch bestimmter Anteile.

Crome[39]) äußert, daß eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, wie sie von den Anhängern der anderen Theorien angenommen werde, der Parteiabsicht, die im Hinstreben nach dem gemeinschaftlichen Gesellschaftszweck gipfele, nicht genüge. Das Vermögen muß nach seiner Ansicht in den Vertragszweck gebunden und somit gegen den Vertragsbruch gesichert sein. Crome[40]) legt den § 719 folgendermaßen aus: „Die Gemeinschaftsform der gesamten Hand beraubt den einzelnen Gesellschafter der rechtlichen Möglichkeit, über seinen Anteil an der Gesellschaft im ganzen oder den dazugehörigen Vermögensstücken zu verfügen. Bruchteile als selbständige Werte existieren nicht! Das Miteigentum des einzelnen Gesellschafters ist kein Miteigentum nach Bruchteilen.“

Endemann hebt hervor, daß die Berechtigung an dem gemeinschaftlichen Vermögen nur durch die Mitgliedschaft an dem persönlichen Bande, das die Gesellschafter umschließt, zur Geltung komme. Kaufmann[41]) bekennt sich zu dieser Theorie, indem er darauf hinweist, daß man das wichtigste und nächstliegende Vermögensrecht, die Zuständigkeit des Vermögens, nicht ohne zwingenden Grund von den Auswirkungen des im Gesellschaftsrecht herrschenden Prinzips der gesamten Hand ausnehmen könne.

---

[38]) a. a. O., S. 754, Ziff. 3.
[39]) a. a. O., S. 784.
[40]) a. a. O., S. 784.
[41]) a. a. O., S. 50.

Enneccerus[42]) bezeichnet den im Gesetz angeführten Anteil nur als Beteiligung an der Gesamtherrschaft, während er sich an anderer Stelle durch eine negative Definition ebenfalls zur Theorie der ungeteilten Mitberechtigung bekennt:

„Das Wesen der Gesamthandsforderung darf mithin nicht dahin bestimmt werden, daß der einzelne Gläubiger im Grunde doch nur einen Bruchteil der Leistung zu fordern habe und nur nach positiver Vorschrift nicht über seine Teilforderung verfügen könne.“[43])

Knoke[44]) wendet sich mit besonderer Schärfe gegen die Theorie der geteilten Mitberechtigung, indem er mit Recht auf die Unmöglichkeit der Berechnung dieser Quoten hinweist. Er lehnt sowohl die Einlagen als auch die Gewinn- oder Verlustbeteiligung als Maßstäbe für die Berechnung der Anteile ab und verwahrt sich auch gegen die Zusprechung gleicher Anteile, da diese Auffassung mit der Verteilung des Vermögens nicht übereinstimme.

Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte[45]) vertritt diese Ansicht, indem er den Anteil am Gesellschaftsvermögen als eine aus der Mitgliedschaft entspringende, rechnerisch nicht bestimmte Mitberechtigung bezeichnet. Mit den Worten: „noch mehr ist dies der Fall bei den Anteilen an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen oder Rechten“ nähert er sich der später zu erörternden Ansicht Staubs, die insofern eine Abweichung von der Gierkeschen Theorie darstellt, als Gierke, wie oben ausgeführt, schlummernde Anteile am Gesamtvermögen annahm, während Staub der Ansicht ist, daß die unberechenbaren Anteile nur an den das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenständen bestehen könnten.

Dem ist deshalb beizupflichten, weil, wie Jörges mit Recht behauptet, das B.G.B. einen Sachinbegriff nicht als Träger von Rechten kennt. Es ist deshalb richtiger, die unberechenbaren Anteile an den einzelnen Gegenständen so an-

[42]) a. a. O., S. 513, § 399, II.
[43]) a. a. O., S. 261, § 312, I.
[44]) Arch. f. bürg. R., Bd. 20, S. 178.
[45]) R.G.R.-Komm. S. 929, § 719.

zunehmen, daß die gesamte Hand als solche als Rechtsträgerin betrachtet wird. Diese Ansicht ist deshalb als einzig richtige zu betrachten, weil sie sich auch in der Praxis insofern bewährt, als das Gesamthandsprinzip sich durch die Annahme unberechenbarer Anteile im Wirtschaftsleben am besten durchzusetzen in der Lage ist. Staub[46]) bringt diese Meinung in vorbildlicher Weise zum Ausdruck:

„Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit; der einzelne hat keine bestimmte oder bestimmbare Quote, weder am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen Gegenständen. Es ist während des Bestehens der Gesellschaft ein Anteil am Gesamteigentum ohne Quoten, aber immerhin ein dinglicher Anteil (vgl. § 179 B.G.B.), nicht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch vorhanden.“[47])

Wie steht es nun mit diesem Anteilsbegriff in der juristischen Praxis?

Das Reichsgericht hat sich in einer früheren Entscheidung[48]) über die rechtsgeschäftliche Behandlung des Gesellschaftsanteils folgendermaßen geäußert:

„Bei der Kommanditgesellschaft wie bei der offenen Handelsgesellschaft kann für die rechtsgeschäftliche Behandlung, welche man dem Gesellschaftsanteil zuteil werden läßt, nur die äußere Gestalt entscheiden, in welcher er im Gesetz auftritt. Diese ist die eines Forderungsrechtes zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsfonds. Der Gesellschafter tritt seinen Vermögensvorteil ab — a. H.G.B. Art. 98 Abs. II — das Anteilsverhältnis des ausscheidenden oder ausgeschlossenen Gesellschafters — a. H.G.B. Art. 130, 172

---

[46]) a. a. O., Bd. I, S. 543, § 105 Anm. 28.

[47]) Knoke S. 7 ff.; Affholter im Archiv f. bürg. Recht **35**, 225. — Die Praxis hat geschwankt, früher nicht folgerichtig, z. B. Gruch. **38**, 1065; J.W. **99**, 320; R.G. **30**, 152. Jetzt aber J.W. 01, 576, 12; R.G. **56**, 209; **keine** lediglich obligatorische Bindung: J.W. 03, 436, 15; R.G. **56**, 432, **54**, 297, **61**, 75; Gruch. **39**, 856, **50**, 840; D.J.Z. 04, 877; Anhänger dieser Theorie sind außerdem: Stobbe-Lehm., D. Priv.-R. I, § 61; Dür.-Hach. S. 24 a. a. O.

[48]) Bolze III, Nr. 781, S. 234.

— endet, abgesehen von den laufenden Geschäften, mit dem Zeitpunkt des Ausscheidens oder der Zustellung der Ausschließungsklage. Rechtsgeschäftlich kann man diese Akte nicht als Übertragungen seines ideellen Miteigentums seitens des abgehenden Gesellschafters an die verbleibenden auffassen. Der abgehende Gesellschafter verzichtet auf sein die anderen einschränkendes aktuelles Recht bezw. verliert es und entsprechend diesem Wegfall erweitern sich die Rechte der Zurückbleibenden. Für Auflassung des Anteilsrechtes bezüglich der Grundstücke der Gesellschaft ist kein Raum geboten, da diese im Grundbuch der Firma eingetragen werden. . . ."

Diese Entscheidung stellt sich auf den Standpunkt von Staub, indem sie den Anteil als ein Forderungsrecht des Gesellschafters an dem Gesellschaftsfonds darstellt. Die Bedeutung der Entscheidung hinsichtlich des Erhaltungsproblems liegt darin, daß die Erhaltungsmöglichkeit dadurch verstärkt wird, daß der Gesellschaftsanteil sich als Forderungsrecht darstellt, nicht aber eine quotenmäßig ohne weiteres veräußerliche Mitberechtigung ist.

Die §§ 138—142 H.G.B. stellen die Vorschriften dar, welche zur Erhaltung der bestehenden Unternehmen gegeben worden sind. Grundsätzlich nimmt das Gesetz an, daß mit dem Tode eines Gesellschafters auch die Gesellschaft endige (§ 131 Ziffer 4 H.G.B.). Um aber nicht jedes Unternehmen dem Untergange verfallen lassen zu müssen, von dessen Mitgliedern eines stirbt, kennt das H.G.B. die in diesem Paragraphen niedergelegten bestimmten Fälle, in denen die Gesellschaft, entweder in der um den gestorbenen Gesellschafter verringerten Mitgliedsbesetzung, oder mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt wird. § 131 Ziffer 4 spricht von dem „Gesellschaftsvertrag", in dem bestimmt sein muß, daß die Gesellschaft nach dem Tode des Gesellschafters fortgeführt werden soll. Ein Streit, ob dieser Gesellschaftsvertrag, der im alten H.G.B. (Art. 123) kurz „der Vertrag" genannt wird, der Gründungsvertrag sein soll, oder ob jede beliebige von den Gesellschaftern vor dem Tode oder Austritt

des einen Gesellschafters getroffene Vereinbarung als solcher zu gelten hat, ist im letzteren Sinne entschieden worden.

Viezens[49]) führt in einer längeren Abhandlung über diese Meinungsverschiedenheit aus, daß keine Veranlassung bestehe, eine derartige weittragende Vereinbarung schon durch den Gründungsvertrag festlegen zu lassen. Er weist mit Recht darauf hin, daß der Eintritt eines Erben in die Gesellschaft an Stelle des Erblassers eine erhebliche Veränderung darstelle, da den übrigen Gesellschaftern der Erbe persönlich, insbesondere aber hinsichtlich seiner kaufmännischen Leistungsfähigkeit im voraus nicht bekannt sein dürfte, während die anderen Gesellschafter, die die offene Handelsgesellschaft fortsetzen, sich gegenseitig gut kennen und Vertrauen entgegenbringen. Trotzdem lehnt er die Beschränkung der Zulässigkeit dieser Abrede auf den Gründungsvertrag ab. Es ist schließlich auch gleichgültig, ob diese Vereinbarung im Gründungsvertrag oder später getroffen wird, denn weder im ersten noch im zweiten Fall entfällt für die alten Gesellschafter das Risiko. Der Zutritt der Erben kann eine erhöhte Sicherheit gewähren, andererseits aber durch Untüchtigkeit diese wieder zunichte machen und umgekehrt.

Unter „Gesellschaftsvertrag" im Sinne des § 131 H.G.B. ist also die Summe aller derjenigen zeitlich auseinanderliegenden Einzelabreden gemeint, welche über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und ihrer Mitglieder nach innen und außen gültig getroffen worden sind.[50])

Ein Vertrag über die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft ist also während des Bestehens der Vereinigung und vor dem Eintritt des die Auflösung bedingenden Ereignisses jederzeit zulässig.

Mit dem Tode eines Gesellschafters wird nun, wenn der Gesellschaftsvertrag es bestimmt, der Erbe mit dem Erbfall

---

[49]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35: „Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters", S. 93.

[50]) Ebenso: Makower, Komm. z. H.G.B., § 109, II, S. 292; Litthauer-Mosse, H.G.B. nebst Erläuterungen, § 139, 1, S. 149.

sofort Gesellschafter.[51]) Es ist nicht notwendig, daß er der Gesellschaft erst beitritt. Der oder die zu Gesellschaftern gewordenen Erben müssen also nunmehr alle Folgen tragen, die mit der Eigenschaft eines Mitgliedes der offenen Handelsgesellschaft verknüpft sind. Es kommt also für sie eine unbeschränkte Haftung auch für die Gesellschaftsschulden in Frage, die bis zum Eintritt des Erbfalles gemacht worden sind. Es bestände also für die Erben nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, wenn sie sich von der Haftung für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft vollständig befreien wollen, da unser heutiges Erbrecht vom Prinzip der Universalsukzession beherrscht wird.

Dieses Prinzip ist im ersten Erbrechtsparagraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches festgelegt. § 1922 sagt, daß mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen übergeht. Der Zweck dieses Satzes dürfte darin zu erblicken sein, daß der Erbe sich nicht nur die Aktiven des Nachlasses aneignen soll, sondern auch kraft Gesetzes dessen Schulden übernehmen muß. Es ist so die Schuldenhaftung von der Person losgelöst und somit ein immerwährender Kredit begründet.[52]) Was unter Vermögen zu verstehen ist, bildete lange Zeit den Gegenstand eines wissenschaftlichen Streites. Es war die Ansicht vertreten, daß als Vermögen einer Person nur die Aktiva angesehen werden könnten, da nur sie wahre Vermögensrechte seien, und daß nur diese Rechte im § 1922 B.G.B. gemeint seien. Diese Ansicht folgerte dann die Haftung für die noch bestehenden Verbindlichkeiten des Erblassers aus § 1967 B.G.B.,[53]) in dem die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden gefordert wird.

Die entgegengesetzte Ansicht versteht unter dem als „Ganzes" auf den Erben übergehenden Vermögen des Ver-

---

[51]) Lehmann, Lehrbuch d. Handelsrechts, I, § 50, S. 262.

[52]) Leonhardt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1912, Bd. V, § 1922, S. 2, II.

[53]) Strohal: „Das deutsche Erbrecht", I, S. 14, II, 1. Begründer dieser Theorie ist Birkmeyer. Ebenso Binder, „Rechtsstellung des Erben (1901) S. 7. ff.; Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, § 103.

storbenen im Sinne des § 1922 die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie mit dessen Tode nicht erlöschen.[54]) Es ist der zuletzt angeführten Anschauung beizutreten, denn wie Strohal sehr richtig betont, ist es sehr wohl denkbar, daß ein Erblasser nur Verbindlichkeiten hinterläßt, und es ist aus dem System des Erbrechts zweifellos ersichtlich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch hier Beerbung stattfinden lassen will. Die Birkmeyersche Theorie versagt jedoch in diesem Falle, denn wenn keine Aktiva da sind, so findet nach dieser Anschauung eine Erbfolge nicht statt, es kann also auch nicht von der Anwendbarkeit des § 1967 gesprochen werden, da dieser eine Erbfolge voraussetzt.

Hinsichtlich des Erbganges ist in bezug auf die offene Handelsgesellschaft zu sagen, daß das Prinzip der Universalsukzession vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Erhaltung der Betriebe nicht immer gerecht wird, denn man muß bedenken, daß ein Erbe gezwungen ist, die ganze Erbschaft zu übernehmen, um als Nachfolger des Erblassers in die offene Handelsgesellschaft eintreten zu können, und umgekehrt die Erbschaft ausschlagen muß, wenn ihm die Nachfolge in das Mitgliedschaftsrecht nicht zusagt.

Dieser Gedanke, der schon während der Geltungsdauer des alten Handelsgesetzbuches eine Rolle spielte (Art. 123) findet seine Auswirkung im heutigen Recht im § 139 H.G.B. Dieser behandelt die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, sofern diese im Gesellschaftsvertrag durch Vereinbarung festgelegt worden ist, und sucht somit den berechtigten Interessen der Beteiligten in jeder Beziehung Rechnung zu tragen.[55]) § 139 gibt die Möglichkeit, durch das Eintreten der Erben in die Gesellschaft die alte vor dem Tode des Erblassers bestehende Personenzahl wieder herzustellen, selbst wenn mehrere Erben da sind, während ohne diese Bestimmung die verbleibenden Gesellschafter gezwungen

---

[54]) Strohal a. a. O., § 1, S. 15, 2.

[55]) Über den Fortbestand der O.H.G. mit den übrigen Gesellschaftern, der an dieser Stelle nicht zu erörtern ist, handelt § 138 H.G.B.

sind, das Abfindungsguthaben für die Erben flüssig zu machen, eine Maßnahme, die häufig mit großen Verlusten verknüpft ist. Es wäre außerdem unbillig, daß ein Unternehmen, zu dessen Emporkommen der Erblasser einen großen Teil beigetragen haben kann, dessen Erben verloren gehen soll.[56])

Wenn nun der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsieht, so wird der Erbe, wie bereits erwähnt, mit dem Erbanfalle (§§ 1922, 1942 B.G.B.) ohne weiteres Gesellschafter. § 139 spricht von einem „Verbleiben" des Erben in der Gesellschaft und ebenso von einem „Ausscheiden". Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß es keines besonderen Aktes bedarf, um die Mitgliedschaft zu übertragen. Die Gesellschaft besteht also kraft Gesetzes mit den Erben fort.[57])

Die in § 139 H.G.B. angegebenen Rechte erwirbt der Erbe natürlich erst mit der Annahme der Erbschaft. Die Abmachung des Erblassers, sein Erbe solle in seine Gesellschaftsrechte als Nachfolger eintreten, kann diesen in eine äußerst schwierige Situation bringen. Wenn er offener Handelsgesellschafter wird, so ist er verpflichtet, ebenso wie die übrigen Gesellschafter, für die bis dahin gemachten und alle folgenden Gesellschaftsschulden unbeschränkt zu haften, während es doch durchaus möglich ist, daß er als Erbe nur beschränkt für die Schulden des Nachlasses haftbar gemacht werden kann. Er ist gezwungen, den übrigen Gesellschaftern, die er möglicherweise nur flüchtig oder gar nicht kennt, unbedingtes Vertrauen entgegen zu bringen, ja sogar sich gegebenenfalls von ihnen völlig vertreten zu lassen.

Es kann, wie Müller-Erzbach[58]) weiter sehr treffend ausführt, den anderen Gesellschaftern und dem Gesellschaftsgläubigern andererseits auch nicht zugemutet werden, daß der Erbe die übrige Erbschaft anzunehmen, die Mitgliedschaft in der offenen Handelsgesellschaft aber abzulehnen befugt sein

---

[56]) Dür.-Hach. IV, S. 592, § 139, I, Anm. 1.

[57]) Müller-Erzbach, Deutsch. Handelsrecht, S. 221; ebenso R.G. in J.W. 1912, S. 475; ebenso R.G. **16**, 57.

[58]) Deutsches Handelsrecht, S. 220.

soll. Wenn er die Erbschaft anzunehmen geneigt ist, so muß er im Sinne der Universalsukzession das Vermögen des Erblassers in seiner Gesamtheit übernehmen, sich also auch den Verpflichtungen unterziehen, die ihm die Mitgliedschaft in der offenen Handelsgesellschaft aufbürdet.

Das heute geltende Handelsgesetzbuch hat nun, um den verschiedenen berechtigten Interessen Raum zu geben, einen vermittelnden Weg eingeschlagen, indem es im § 139 dem Erben ein Wahlrecht einräumt. Der Erbe kann einen Antrag dahin einbringen, daß ihm die Möglichkeit gegeben wird, seine Haftung gegenüber den anderen Gesellschaftern zu beschränken, d. h. er kann sich unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter als Kommanditist in die Gesellschaft aufnehmen lassen, so daß er nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über die Erbenhaftung[59]) von den Gesellschaftsgläubigern erfaßt werden kann, während ihm der bisherige Anteil am Gewinn belassen wird. Wenn die übrigen Gesellschafter darauf nicht eingehen wollen, so ist er befugt, aus der Gesellschaft auszuscheiden und sich sein Auseinandersetzungsguthaben herauszahlen zu lassen. § 139 Abs. V sichert dem Erben dieses Recht insofen, als er die Ausschaltung der Vorschriften des § 139 Abs. I—IV H.G.B. durch den Gesellschaftsvertrag nicht zuläßt, um den lebenden Gesellschaftern nicht zu gestatten, die Fürsorge des Erblassers für seine Erben zu durchkreuzen. Da es andererseits unbillig erscheinen könnte, daß ein Kommanditist, der im Gegensatz zu dem Erblasser nicht mit tätig ist, den gleichen Gewinnanteil erhält wie der mitarbeitende Erblasser, so gibt § 139 Abs. V S. 2 H.G.B. die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrage den Gewinnanteil eines Erben, der die Stellung eines Kommanditisten wählt, in anderer Weise als für den Erblasser zu bestimmen.

Dieser § 139, der von der Wissenschaft mit Berechtigung als „glückliche Lösung“[60]) bezeichnet wird, berücksichtigt in der Tat die Interessen aller Beteiligten und beseitigt die Miß-

---

[59]) § 139 Abs. IV in Verbindung mit §§ 1967 ff. B.G.B.

[60]) Staub bei Gruchot, S. 611.

stände, die durch die konsequente Durchführung des Prinzipes der Universalsukzession im geltenden Recht sich ergeben hatten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 139 ist, wie bereits dargelegt wurde, eine auf die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gerichtete Abmachung des Gesellschaftsvertrages. Diese Bestimmung muß deshalb in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sein, weil eine dahingehende testamentarische Bestimmung die übrigen Gesellschafter nicht binden würde und infolgedessen auch die Erben keinerlei Rechte aus ihr herzuleiten befugt wären. Die vertragliche Bestimmung muß unzweideutig dahin gehen, daß nach dem Tode des einen Gesellschafters die Gesellschaft mit seinen Erben fortbestehen soll.[61])

Es ist nicht erforderlich, daß der Erbe im Vertrag genannt ist. § 139 ist auch auf den Fall auszudehnen, in dem nur zwei Gesellschafter übrig sind. Auch dann, wenn der verstorbene Gesellschafter nur einen Erben hinterläßt, so daß nach dem Wegfall des einen Sozius nur noch ein Geschäftsinhaber übrig bleibt, kommt die Bestimmung zur Anwendung.[62])

§ 139 bezieht sich auf die Erben des Gesellschafters im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es ist demnach gleichgültig, ob die Erbeneigenschaft auf Testament oder auf Gesetz beruht. Erst wenn der zum Erben Berufene Erbe geworden ist, stehen ihm die Rechte aus § 139 zu.[63])

Man kann im § 139 H.G.B. eine Durchbrechung des Universalsukzessionsprinzipes erblicken. Durch das den Erben zugebilligte Wahlrecht sind sie in der Lage, sich vom Zeitpunkte des Erbfalls an von den zukünftigen Verpflichtungen der offenen Handelsgesellschaft zu befreien, während dem Erblasser diese Möglichkeit nicht gegeben wäre. Die Erben können also — hierzu wäre der Erblasser zu seinen Lebzeiten nicht in der Lage gewesen — die Haftung für die zukünftigen Schulden auf den Wert desjenigen Anteils am Gesellschaftsvermögen

---

[61]) R.G. 16, 56.

[62]) Staub, bei Gruchot a. a. O., S. 613.

[63]) Staub, Kommentar § 139, II, Anm. 4, S. 659.

beschränken, der dem Erblasser im Zeitpunkte seines Todes zustand.

Gegen diese Durchbrechung kann nichts gesagt werden, denn sie dient dem Standpunkte der Erhaltung der bestehenden Unternehmen, der bei der Behandlung von handelsrechtlichen Wirtschaftsfragen immer der maßgebende sein sollte.

§ 139 läßt also die Nachfolge in ein solches Anteilsrecht als besondere Art der Erbfolge zu und räumt ihr im Erbrecht eine Sonderstellung ein.

Wie unvollkommen dagegen die von verschiedenen Wissenschaftlern geforderte Einführung der Singularsukzession in das Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen sich darstellt, ergibt folgendes.

v. Gerber,[64]) der in der Spezialsukzession eine „Eigentümlichkeit des deutschen Rechtes“ sieht, sagt, daß der Grund dieser Auffassung nicht die Annahme eines Prinzipes sei, sondern „daß nach dem deutschen Rechte der älteren Zeit der Zusammenhang der gesamten Vermögensrechte eines Menschen nicht in der Vorstellung ihrer Einheit mit der sie begründenden Persönlichkeit liege, sofern sie deren juristische Qualifizierung darstelle, sondern daß dieser in der Zufälligkeit ihrer äußeren Vereinigung in der Hand eines einzelnen zu erblicken sei“. Dieser Zusammenhang zerfällt demnach in dem Augenblick, in dem sich „die physische Macht auflöst“, die ihn begründet hat. Es gibt also im Sinne der Singular- oder Spezialsukzession nach dem Tode des Erblassers kein Vermögen, sondern es bleibt die Summe einzelner Sachen übrig, die „das Ende der sie verbindenden Kraft nicht überdauern“. Gerber lehnt ausdrücklich die Annahme eines besonderen Prinzipes ab, indem er darauf hinweist, daß das ältere Recht eine solche Auffassung vertreten mußte, weil es die Individualität der Gegenstände des Vermögensrechtes nicht zu einer rechtlichen Einheit zu erheben vermochte.

Es besteht auch im heutigen Rechte für den Erblasser noch die Möglichkeit, Teile des Nachlasses anderen als den Erben

[64]) a. a. O., § 296, S. 515.

zuzuwenden. Der Erblasser kann jemandem, ohne ihn zum Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden, indem er ihn testamentarisch mit einem Vermächtnis bedenkt (§ 1939 B.G.B.). Diese Art der Zuwendung hat jedoch keine dingliche Wirkung. Mit dem Tode des Erblassers erlangt der Bedachte erst einen obligatorischen Anspruch gegen den Beschwerten. Der Bedachte erlangt hierdurch die Stellung eines Nachlaßgläubigers und der zugewendete Gegenstand bleibt Bestandteil des Nachlasses. Es kann in diesem Falle weder von Universal- noch von Singularsukzession gesprochen werden, weil der Erwerb des Vermächtnisses die Übertragung des vermachten Gegenstandes durch den Beschwerten erfordert.[65])

Die Nachfolge in das Mitgliedschaftsrecht einer offenen Handelsgesellschaft auf Grund eines Vermächtnisses würde also nicht unter den § 139 H.G.B. fallen, da die Gesellschaft nur mit den Erben des Gesellschafters fortgesetzt werden kann. Es wäre in diesem Falle vielmehr anzunehmen, daß § 138 zur Anwendung kommt und daß der Erblasser mit den übrigen Gesellschaftern eine die Aufnahme des Bedachten betreffende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage getroffen hat. Diese Vereinbarung ist zulässig. In dem Gesellschaftsvertrage liegt dann für den Dritten (Bedachten) eine bindende Offerte zum Eintritt, die dieser nach dem Ableben des Gesellschafters annehmen kann. Der Erblasser hinterläßt ihm dann durch Vermächtnis seinen Geschäftsanteil und so tritt der Dritte wirtschaftlich vollkommen an die Stelle des Erblassers, ohne jedoch die sich aus dem § 139 H.G.B. ergebenden Rechte und Vergünstigungen eines wirklichen Erben erlangen zu können.[66])

§ 138 H.G.B., der im allgemeinen den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern betrifft, hat also, wie eben dargelegt, noch eine weitere Bedeutung. Ebenso wie § 139 stellt auch § 138 einen der Fälle

[65]) Kretzschmar, Das Erbrecht des B.G.B., Leipz. 1913, S. 24, IV ebenso Crome, a. a. O., S. 19 Anm. 24.

[66]) Dür.-Hach. § 138, S. 576, 3 Anm. 6.

bar, in denen das wirtschaftliche Bedürfnis, die Betriebe zu erhalten, sich stärker erwiesen hat als die Theorie. Nach römischem Rechte wurde jede Gesellschaft durch Veränderung des Personenstandes notwendig aufgelöst. Obwohl der individualistische Charakter der Gesellschaft auch heute noch besteht, führt nicht jede derartige Veränderung zu einer völligen Vernichtung des Unternehmens. Es ist aus den zu Beginn der Arbeit erörterten wirtschaftlichen Gründen nicht angängig, die Unternehmen einer derart großen Zerstörungsgefahr auszusetzen. Der Wechsel im Mitgliederbestand hebt nach heutiger Rechtsanschauung nicht ohne weiteres die rechtliche Identität der früheren und der neuen Gesellschaft auf.[67])

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 138 H.G.B. ist das Übrigbleiben von mindestens zwei Gesellschaftern, da eine Gemeinschaft durch eine einzelne Person theoretisch nicht fortgesetzt werden kann.[68])

Da für das Wirtschaftsleben in jedem Falle ein Interesse daran besteht, das Unternehmen zu unterhalten, so mußten auch Wege für den Fall gefunden werden, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt.

Liegen die Voraussetzungen vor, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zulässig sein würde (§ 142 H.G.B.), so ist die Möglichkeit der Fortführung des Geschäftes durch den allein übrigbleibenden Gesellschafter im Gesetz ausdrücklich geregelt.

Eine gesetzliche Bestimmung ist aber dann nicht gegeben, wenn beispielsweise ein Gesellschafter stirbt und durch Vermächtnis dem anderen allein übrig bleibenden Gesellschafter seinen Geschäftsanteil zuwendet. Ist solchenfalls bereits im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschaft fortgeführt werden soll, so würde man bei einer analogen Anwendung des

---

[67]) Dür.-Hach.. § 138 Anm. 2, 2, S. 572.

[68]) R.G. 7, 121. Allerdings besteht die Möglichkeit, daß ein allein übrig bleibender Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen das Geschäft allein fortführt. So vgl. § 142 H.G.B.

§ 142 H.G.B. zu dem Ergebnis kommen, daß der andere Teil das Unternehmen auch allein fortführen kann.

Es herrscht allerdings Streit darüber, ob § 142 immer nur in den angegebenen Fällen, d. h. dann, wenn bei zwei Gesellschaftern der eine die Ausschließung des anderen fordern könnte,[69]) zur Geltung kommt oder ob er auch analog angewendet werden darf.

Besonders deutlich tritt das Problem in dem eben angeführten Fall zutage, in dem dann eine Verbindung der Vorschriften des § 138 H.G.B. mit § 142 H.G.B. zu sehen wäre.

Wie bereits erwähnt, würde zur Gültigkeit des Vermächtnisses im Sinne des § 138 H.G.B. erforderlich sein, daß im Gesellschaftsvertrage oder in einem Zusatzvertrage zwischen den Mitgliedern vereinbart worden ist, daß die Gesellschaft nach dem Tode fortbestehen solle. Es ist nicht erforderlich, daß diese im Gesellschaftsvertrag niedergelegte Vereinbarung einen bestimmten Tatbestand fixiert, bei dessen Eintritt die Fortsetzung gestattet wird, sondern diese Abmachung kann allgemeiner Art, beispielsweise auf „Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters“ lauten.[70])

Für diesen Fall ist also fraglich, ob beim Vorliegen einer Fortsetzungsvereinbarung im Sinne von § 138 und eines Vermächtnisses hinsichtlich des Anteils an den einzigen Sozius die Möglichkeit gegeben ist, § 142 auch auf diesen Fall auszudehnen. Nach der bereits angeführten Ansicht Staubs[71]) gilt § 142 H.G.B. nur für die in ihm fixierten Ausnahmefälle. Diese Auslegung ist m. E. eine zu enge, denn es muß bei der in allen Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Maßgeblichkeit der Vertragsbestimmungen angenommen werden, daß § 142 H.G.B. nur dann ausschließlich in den angegebenen Fällen zur Anwendung kommt, wenn sich im Gesellschaftsvertrage keine Gegenbestimmungen finden. Staubs Begründung ist insofern als nicht hinreichend anzusehen, als er sich nur auf den „klaren Wortlaut“ des Gesetzes beruft.

---

[69]) Staub S. 679, § 142, Einl.
[70]) Staub S. 655, § 138 Anm. 1.
[71]) S. 679, § 142 Einl.

Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Lehmann-Ring: „Auch für den Fall sonstiger Auflösungsgründe kann durch den Gesellschaftsvertrag einem der Gesellschafter das Recht zur Übernahme des Geschäfts beigelegt werden. . . . ."[72]) Auch Düringer-Hachenburg nehmen an, daß die Übernahme des Geschäfts entweder die Folge einer Vereinbarung der Gesellschafter oder die Ausübung eines gesetzlichen Rechtes sei.[73])

Es ist selbstverständlich, daß man sich dem letztgenannten Standpunkt anzuschließen hat, denn der Wille des Gesetzes kann nicht dahin gehen, ein solches Unternehmen der Vernichtung preiszugeben, nur weil ein Fortbestehen der „Gesellschaft" im juristischen Sinne nicht gegeben ist. Es muß also wirtschaftlich die Möglichkeit bestehen, das Unternehmen zu erhalten.

Wenn durch den Tod eines von zwei Gesellschaftern die offene Handelsgesellschaft infolge einer dahingehenden Vertragsbestimmung nicht aufgelöst werden soll, so ist anzunehmen, daß diese vertragliche Bestimmung dahin auszulegen ist, daß der Überlebende das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen berechtigt sein soll.[74])

Für den Fall des hinterlassenen Vermächtnisses am Anteil an den einzigen Sozius ist also ebenfalls zu sagen, daß bei einer entsprechenden Vertragsvereinbarung der Bedachte die Möglichkeit haben soll, das Geschäft fortzuführen.

Im übrigen bedürfte es nicht einmal einer analogen Anwendung des § 142, da man auf dem Wege über die §§ 1939, 2084, 133 B.G.B. und § 22 H.G.B. zu dem gleichen Ergebnis kommt.

Das im Sinne des § 1939 B.G.B. für den Sozius bestellte Vermächtnis ist gemäß § 2084 in Verbindung mit § 133 B.G.B. so auszulegen, daß der wirkliche Wille des

---

[72]) Lehmann-Ring, H.G.B. für das Dtsch. Reich, Berlin 1914, S. 446, § 142 Nr. 6.

[73]) a. a. O., S. 641; § 142, Anm. 1.

[74]) Makower § 138, VI.

Erblassers zum Ausdruck kommt. Dieser geht bei einem derartigen Vermächtnis dahin, dem Bedachten den Geschäftsanteil zuzuwenden. Da der Sozius die andere Hälfte des Geschäftes bereits besitzt, kann also der Wille des Erblassers nur darauf gerichtet sein, dem Sozius die Möglichkeit zu geben, das Unternehmen ohne eine Veränderung für die Geschäftswelt zu erhalten. Hierin ist gleichzeitig eine Einwilligung in die Fortführung der bisherigen Firma im Sinne des § 22 H.G.B. zu erblicken. Man kann sogar für die Erben als Beschwerte aus dem Vermächtnis die Verpflichtung folgern, zu einer solchen Fortführung der Firma ihre Zustimmung zu erteilen.

Hierdurch ist zugleich der Fall geregelt, daß sich keine Fortsetzungsvereinbarung im Vertrage findet, denn das Recht des überlebenden Sozius, das Geschäft zu übernehmen, ergibt sich ebenfalls, wie oben ausgeführt, aus der Verpflichtung der Erben zur Zustimmung zur Weiterführung der Firma im Sinne des § 22 H.G.B.

Zusammenfassend erkennt das H.G.B. also in § 138, und zwar mit Rücksicht auf den das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Satz von der Vertragsfreiheit, das Ausscheiden eines Gesellschafters als normal an. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft bezw. das Fortbestehen der Gesellschaft ohne ihn muß mit Zustimmung aller Teilhaber, die vor dem Ausscheiden zu erfolgen hat, geduldet werden. Eine Zustimmung des Ausscheidenden ist nicht erforderlich in den Ausnahmefällen der §§ 140 und 141 H.G.B. (Fälle der Ausschließung).

Durch den Tod eines Gesellschafters wird mithin die Gesellschaft nicht aufgelöst (im Gegensatz zu § 131, IV H.G.B.), wenn eine Abmachung im Sinne des § 138 H.G.B. getroffen worden ist.

Die Wirkung der Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern beim Eintritt des Todes eines Gesellschafters als fortgesetzt gilt, besteht darin, daß der betreffende Gesellschafter „ausscheidet“, d. h. aufhört, Gesellschafter zu

sein und seine Erben Gläubiger in Höhe des Auseinandersetzungsguthabens werden.[75])

Als Ergänzung zu § 138 H.G.B. ist § 738 B.G.B. heranzuziehen. § 738 bestimmt, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Über die rechtliche Natur dieses Anwachsungsrechtes und über den tatsächlichen Akt der Anwachsung schweigt das Gesetz. Im ersten Entwurf sollte dem ausscheidenden Gesellschafter die Verpflichtung auferlegt werden, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen. Bei der Beratung in der zweiten Kommission sah man jedoch von einem derartigen Übertragungsakt ab, insbesondere aus der Erwägung heraus, daß gerade das Gesamthandprinzip, auf dem die Konstruktion des Gesellschaftsverhältnisses beruht, einen solchen nicht mehr erforderlich macht.

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters wächst also dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. In dieser Anwachsung ist eine unmittelbare gesetzliche Folge des Ausscheidens zu erblicken.[76])

In subjektivem Sinne ist jeder Teilnehmer einer Gemeinschaft zur gesamten Hand in der Verbundenheit mit den übrigen auf das Ganze berechtigt, er hat also ein aus seiner Stellung als Gesamthänder fließendes Recht auf Anwachsung des durch den Wegfall eines Teilhabers freigewordenen Anteils.[77])

Die auf Seite 25/26 der vorliegenden Arbeit angeführte Reichsgerichtsentscheidung[78]) ist in demselben Sinne ergangen. Das Reichsgericht betont, daß man die durch das Ausscheiden eines Gesellschafters hervorgerufene Veränderung hinsichtlich des Eigentums am Gesellschaftsvermögen rechtsgeschäftlich nicht als Übertragungen des ideellen Miteigentums seitens des abgehenden Gesellschafters an die verbleibenden auffassen kann, sondern daß der abgehende Gesellschafter auf sein Anteilrecht verzichtet bezw. es verliert, während sich entsprechend diesem die

[75]) Staub § 138 Anm. 3, S. 656.
[76]) Staudinger S. 1424, § 738, I, 1.
[77]) Hintze a. a. O., S. 37.
[78]) Bolze III, Nr. 781, S. 234

Rechte der zurückbleibenden erweitern. Die Entscheidung bringt also eine Definition der Anwachsung im oben fixierten Sinne. Sie steht auch auf dem Standpunkt, daß es dem Grundgedanken des Gesamthandprinzipes widersprechen würde, wenn beim Ausscheiden eines Gesellschafters besondere Übertragungsakte hinsichtlich des Eigentums am Gesellschaftsanteil vorgenommen werden sollten.

Als Folgerung dieser sogenannten Anwachsungstheorie ergibt sich hinsichtlich der Immobiliarrechte der Gesellschaft, daß durch das Ausscheiden eines Gesellschafters an sich keine Rechtsänderung eintritt, die besondere Grundbucheintragungen, z. B. Auflassung des Anteils an die übrigen Gesellschafter, erforderlich machen würde. Der ausgeschiedene Gesellschafter gibt nicht sachenrechtliche, sondern nur gesellschaftliche Beziehungen auf und braucht deshalb keinen Anteil auf die zurückbleibende Gesellschaft zu übertragen.[79])

Die übrigen die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter haben das Recht, im Grundbuch eine Berichtigung eintragen zu lassen, zu deren Einwilligung der Ausscheidende bezw. seine Erben verpflichtet sind (§ 894 B.G.B.).

Abschließend muß über die Anwachsungstheorie, zu der analog für den Neueintritt von Gesellschaftern sich das Wort „Abwachsung"[80]) findet, gesagt werden, daß in ihr die enge Gebundenheit der Mitglieder einer Vereinigung zur gesamten Hand deutlich zum Ausdruck kommt und daß sie somit den Anforderungen des heute geltenden Rechts entspricht.

---

[79]) Staudinger S. 1424, I, 2a. Ebenso Bolze III, Nr. 781 und Arch. f. bürg. Recht **34**, 57–60; auch R.G. **65**, 240, vgl. den ähnlich liegenden Fall des § 1491 Abs. IV B.G.B. bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des B.G.B. Der Verzicht des anteilsberechtigten Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat dingliche Wirkung. (Staudinger S. 500 § 1491, 6). Dieser Anteil wächst den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen und, wenn solche nicht vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten an.

[80]) Staudinger § 736, II; Arch. f. bürg. R. Bd. 20 S. 177 ff. (Knoke).

Nach alledem kommt man zu dem Ergebnis, daß in den Bestimmungen der §§ 131 ff. H.G.B., welche zwar nach der Überschrift von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft handeln, letzten Endes der Grundsatz zur Geltung gelangt, die offene Handelsgesellschaft selbst bei Ausscheiden eines Gesellschafters, insbesondere aber auch bei dem Tode eines der Mitglieder (§§ 138, 139 H.G.B.) der Wirtschaft zu erhalten und den Beteiligten die Möglichkeit zu geben, die Auflösung zu verhindern.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Binder, Die Rechtsstellung der Erben nach dem deutschen B.G.B. 1905,

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1922.

Crome, System des bürgerlichen Rechtes, Bd. II, 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 2. Halle 1906.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts, 1917, Bd. IV.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1922.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von Cosack. Jena 1895.

v. Gierke, Genossenschaftstheorie. Berlin 1887.

— Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, 1900 (Archiv f. bürg. Recht, Bd. 19).

— Deutsches Privatrecht, Bd. II. Leipzig 1905.

Glund, Die rechtliche Stellung des Gesellschaftsvermögens nach dem B.G.B. Berlin 1910.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Berlin 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, Bd. 13, S. 144.

Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Heusler, Institutionen I.

Hintze, Das Anwachsungsrecht bei fortgesetzter Gütergemeinschaft. Diss. Heidelberg 1907.

Jörges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht, in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 49, 51. Stuttgart 1900/01.

Katz, Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer offenen Handelsgesellschaft, Zeitschr. f. d. ges. H.R., 70, 1911.

Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1912.

Knoke, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters, Arch. f. bürg. Recht, 20, S. 178.

— Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.

Kretzschmar, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1913.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft, in Bd. 31 der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Stuttgart 1885.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1921. 1912.

Leonhardt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1912.

Litthauer-Mosse, Das Handelsgesetzbuch nebst Erläuterungen. Berlin 1920.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1906.

Müller-Erzbach, Das deutsche Handelsrecht, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 61.

Müller, Das Gesellschaftsvermögen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte, Sächs. Arch. f. bürg. Recht und Prozeß, Bd. 10. Leipzig 1900.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 3. Aufl. Berlin 1907.

Reichsgerichtsräte-Kommentar.
Sohm, Die deutsche Genossenschaft. Leipzig 1899.
— Der Gegenstand. Leipzig 1905.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1921.
— Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, in Gruch. Beitr. 1898, 6. F., XLII, S. 611.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München-Berlin 1912.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. V, Berlin 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Berlin 1903.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1922.
Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht.

Lebenslauf.

Am 22. November 1902 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Wolf Seelenfreund und seiner Ehefrau, geb. Friedländer, in Magdeburg geboren.

Ich besuchte daselbst die Städtische Vorbereitungsschule und darauf das Städtische König-Wilhelms-Gymnasium.

Am 26. Februar 1921 legte ich die Reifeprüfung ab.

Ich studierte in München, Breslau, Heidelberg und wieder in Breslau.

Ich bin preußischer Staatsangehöriger.

Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 3. Aug. 1925.

Hans Seelenfreund.